



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE

JOSÉ GLAUCO PINHEIRO MACHADO

VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO DE DROGA, DECORRENTE
DA PRISÃO EM FLAGRANTE

FORTALEZA – CEARÁ
2010

JOSÉ GLAUCO PINHEIRO MACHADO

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS
CRIMES DE TRÁFICO DE DROGA, DECORRENTE
DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito.

Orientador: Ms. Teodoro Silva Santos

**FORTALEZA – CEARÁ
2010**



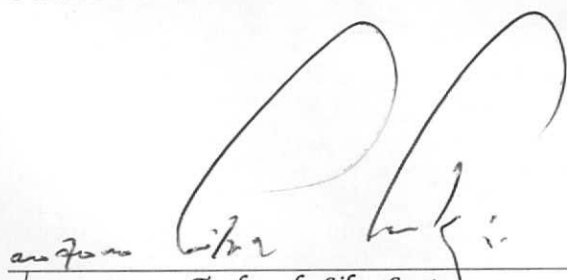
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

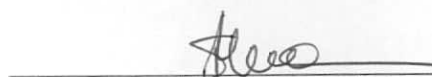
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 e 25 da Resolução 2516/2002 CEPE, 27 de dezembro de 2002, da Universidade Estadual do Ceará / UECE, após análise e discussão da Monografia submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): José Glauco Pinheiro Machado
Monografia: Vedação da Liberdade Provisória nos Crimes de Tráfico de Drogas Decorrentes de Prisão em Flagrante.
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 34/2010
Data de Defesa: 14/04/2010

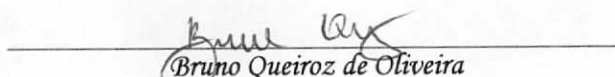
Fortaleza – CE, 14 de abril de 2010



Teodoro da Silva Santos
Orientador(a)/Presidente/ Mestre



Sílvia Lúcia Correia Lima
Membro/ Mestre



Bruno Queiroz de Oliveira
Membro/Mestre

Dedico este trabalho a minha mãe, Josefa Pinheiro Machado, a minha esposa, Iolanda Machado e aos meus filhos, Paula de Holanda Machado, Manuella de Holanda Machado, Bruna de Holanda Machado e José Glauco Pinheiro Machado Filho, por sempre transmitirem coragem e afeto para continuar a batalha da vida e vencer grandes conquistas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela luz e grandeza em todos os momentos de minha vida. Ele, o autor e sustentador do universo, por ter tido misericórdia de mim, abençoando-me durante os cinco anos de preparação acadêmica e por ter sido a fonte da minha paz nos momentos de tribulação. Ao meu Senhor o meu amor, ao meu Senhor a minha dedicação.

A Deus, por me proporcionar todas as condições para realizar os meus desideratos.

A minha mãe, Josefa Pinheiro Machado, pelo amor, pela confiança e pela compreensão dedicados a mim.

A minha esposa, Iolanda Maria de Holanda Machado, pelo amor e compreensão dedicados a mim.

Aos meus filhos, Paula de Holanda Machado, Manuella de Holanda Machado, Bruna de Holanda Machado e José Glauco Pinheiro Machado, agradeço, por vocês existirem, pois vocês são fontes de inspiração da minha vida.

Aos amigos do curso, muito obrigado pelo convívio, com os quais compartilhei muitas horas de estudo e experiências da vida acadêmica.

Aos professores da ESMP que realizaram todos os esforços para transmitirem seus conhecimentos, visando nos qualificar melhor para a vida acadêmica e profissional.

Ao meu orientador, Ms. Teodoro Silva Santos, meu agradecimento, pela dedicação dispensada durante a elaboração desta monografia.

RESUMO

A presente monografia consiste no estudo sobre a constitucionalidade do art.44, da Lei 11.343/2006, o qual veda a concessão da liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas. Colima, portanto, identificar a compatibilidade ou não da prefalada norma com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, da motivação, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade. E, após verificar, através da doutrina e da jurisprudência, principalmente, das decisões dos tribunais superiores, que, ainda, não possuem uma posição comum, a respeito da convergência da norma proibitiva prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, com os referidos princípios constitucionais, e, por consequência, ora entendem que o art. 44 da Lei de Tóxico é constitucional, e, portanto, veda a concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática de crime de tráfico de drogas, ora entendem que é inconstitucional, vem estabelecer um entendimento sobre o assunto, até em razão do princípio da segurança jurídica, o qual busca evitar decisões divergentes sobre uma mesma situação jurídica, mormente ante a influência do dispositivo legal, diante das inúmeras prisões cautelares sofridas pelos acusados pelo crime de tráfico de drogas. Antes, porém, de verificar a Constitucionalidade ou não do art. 44 da Lei 11.343/2006, serão apresentados alguns comentários à respeito dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da motivação, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em relação a prisão cautelar e a liberdade provisória, necessários para o bom entendimento dessa monografia.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais; Liberdade Provisória; Crimes de Tráfico Ilícito de Drogas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	10
2.1 Princípios com função limitadora	11
2.1.1 O princípio da presunção de inocência.....	13
2.1.2 O princípio do devido processo legal	14
2.1.3 Princípio da necessidade de fundamentação	16
2.1.4 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade	17
3 PRISÃO CAUTELAR.....	20
3.1 Espécies de prisão cautelar	22
3.2 Prisão em flagrante.....	22
3.2.1 Espécies de prisão em flagrante	24
3.3 Prisão preventiva	25
3.3.1 Pressupostos para a prisão preventiva	26
3.3.2 Hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva.....	27
3.4 Liberdade provisória.....	30
3.4.1 Conceito.....	31
3.4.2 Espécies de liberdade provisória	32
4 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF QUE TRATAM DO BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	36
4.1 Doutrina e jurisprudência do STJ e do STF que entendem que o art. 44 da Lei 11.343/2006 é constitucional.....	36
4.2 Doutrina e Jurisprudência do STJ e do STF que entendem que o art. 44 da lei 11.343/2006 é inconstitucional.	39
5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.....	41
6 CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Como o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, veda a concessão da liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas, necessário se faz a sua análise frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, da motivação, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a identificar a compatibilidade desta norma com os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Deste modo, justifica-se um estudo aprofundado dos direitos fundamentais vigentes no Brasil e a compatibilidade da norma proibitiva prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, ante a sua influência em âmbito nacional, diante das inúmeras prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão preventiva) praticadas diariamente.

Ora, em razão do princípio constitucional da segurança jurídica, há de ser estabelecido um entendimento sobre o assunto, qual seja, se, ao crime de tráfico ilícito de drogas, é cabível a concessão do benefício da liberdade provisória, em conformidade com os princípios constitucionais.

E, para verificar se existe adequação da vedação da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas com os referidos princípios constitucionais, garantidores dos direitos individuais fundamentais, e, conseqüentemente, se é vedada ou não a concessão do benefício da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, utilizamos, a pesquisa qualitativa, porque há o interesse no aprofundamento e abrangência da compreensão da VEDAÇÃO da LIBERDADE PROVISÓRIA nos crimes de tráfico de droga, em face dos princípios constitucionais.

Utilizou-se, outrossim, a pesquisa teórica, baseada na pesquisa bibliográfica, através do exame de bibliografia, ou seja, utilizando fontes secundárias, como livros, artigos científicos, jurisprudências, entre outros, bem como a pesquisa documental, mediante consulta de jurisprudência dos sites do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, esta monografia é constituída de dois capítulos. O primeiro capítulo trata do entendimento do STF e do STJ sobre a constitucionalidade ou não da vedação do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Até o presente momento o STF e o STJ não consolidaram o entendimento sobre a questão. Há, destarte, divergência. As últimas decisões do STF, entretanto, tem entendido que é inconstitucional o art. 44 da Lei 11.343/2006, que veda a liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

O segundo capítulo colima realizar a análise da constitucionalidade ou não do pré-falado preceito legal, com espeque na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores.

Antes, porém, de verificar a Constitucionalidade ou não do art. 44 da Lei 11.343/2006, serão apresentados alguns comentários a respeito dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da motivação, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em relação à prisão cautelar e a liberdade provisória, necessários para o bom entendimento dessa monografia.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Novelino (2008, p. 190), à respeito dos princípios constitucionais, aduz o seguinte:

A construção de um efetivo Estado Democrático de Direito exige a observância dos princípios fundamentais constitucionais, pois, em regra, estes princípios possuem uma supremacia funcional em relação às regras jurídicas. Essa supremacia é essencialmente material e decorre, sobretudo, da proximidade existente entre os princípios e os valores que o Direito visa a realizar, o que os coloca numa posição de superioridade.

Por sua vez, Bulos (2007, p. 384) apresenta o seguinte conceito para princípio constitucional:

Enunciado jurídico que serve de vetor de interpretação. Propicia a unidade e a harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o status de norma jurídica. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante 'quanto aquele escudado em um princípio.

Mello (1980, p. 230), define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão.”

Na mesma linha de argumentação, Bonavides (2008, p. 294) firma que os princípios “(...) são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.”

Para Reale (2009), citado por Freitas (2009, p. 12), os “princípios são enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Logo, constata-se que os princípios, ao configurarem como enunciados fundamentais, constituem verdadeiros alicerces das normas jurídicas.

Aliás, para a concepção moderna, princípios são normas, compreendendo estas os princípios e as regras. Acerca do caráter normativo dos princípios constitucionais Bonavides (2008, p. 289-290) ensina:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em normas normarum, ou seja, normas das normas.

Canotilho (1995, p. 166-167), concebe a Constituição como

Um sistema aberto de regras e princípios, ao declarar que Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica.

Tartuce (2007, p. 156), ao comentar sobre os princípios constitucionais, alega que

Alguns princípios constitucionais se situam no Título II, sob o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", da Constituição Federal de 1988, que (...) traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas são também fundamentais ao ser humano e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver.

Nunca se pode esquecer da vital importância do art. 5º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as cláusulas pétreas, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa. Tais preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados não só estão formalmente reconhecidos, mas também serão concreta e materialmente efetivados.

Vê-se, pois, que os princípios constitucionais causam consequências diretas no direito penal e no processo penal, uma vez que representam, ao mesmo tempo, uma garantia ao jurisdicionado (cidadão) e restrição ao poder do Estado de punir.

2.1 Princípios com função limitadora

No direito constitucional contemporâneo, o poder coercitivo de impor sanções penais para aqueles que infringem ou descumprem uma norma fica sob a responsabilidade/legitimidade do Estado.

O direito de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade.

Porém, esse poder é limitado e condicionado à garantia dos direitos individuais do cidadão, e só será legítimo se houver respeito aos princípios constitucionais, pois interferem de forma incisiva em direitos elementares da pessoa humana, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir.

Canotilho (1999, p. 259), assevera que “a pretensão punitiva não é ilimitada, ao afirmar que “o princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.”

Grinover (1976, p. 22), na mesma linha de raciocínio, assevera que:

Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera de liberdade individual. (...) O réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites.

Sob essa ótica, os princípios constitucionais desempenham papéis variados e exercem diversas funções.

Dentre elas, está a função limitadora.

Sobre esta função, Novellino (2008, p. 193), explica que “os princípios possuem uma eficácia limitativa quando atuam como um limite, não só das ações dos poderes estatais, como também ao exercício abusivo de certos direitos”.

Percebe-se, pois, que a função limitativa dos princípios constitucionais representa uma limitação do poder estatal, por ser a “lei superior”, vinculando juridicamente os titulares do poder estatal. Realiza, então, a sua função garantista dos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado.”

Assim, dentre os princípios constitucionais com essa função, tem-se, como exemplos, o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988), o princípio da necessidade de fundamentação (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988), o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988) e o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.1.1 O princípio da presunção de inocência

Ao analisar o princípio da presunção da inocência sob o aspecto histórico no âmbito do direito internacional, percebe-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, no enunciado XI, inciso I, o consagrou, ao estabelecer que: “(...) toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Na atual ordem constitucional do Brasil, o princípio da presunção da inocência ou estado de inocência encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: “(...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Ressalta-se que, mesmo não constando expressamente das constituições anteriores, este princípio já era utilizado nas sentenças e jurisprudências em consequência do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Bechara e Campos (2009), afirma que a melhor denominação desse princípio seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.”

Martinelli (2009, *online*), no entanto, salienta que, tecnicamente, ambos os princípios são iguais e, na prática, alcançam os mesmo efeitos.

Nota-se, então, que a expressão utilizada não vai operar qualquer alteração no contexto, uma vez que o princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade são iguais na sua aplicação e ambos visam garantir ao acusado o exercício dos direitos humanos, civis e políticos enquanto não forem afetados por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Soares (2008, *online*), ao discorrer sobre o tema, afirma que

Erigido à categoria de dogma constitucional, o princípio da inocência, também denominado princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, já acolhido por diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, encontra-se previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88 que diz que 'ninguém será considerado

culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'. Consoante o aludido princípio, existe uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que haja uma sentença condenatória irreversível que o declare culpado, ou seja, é assegurado a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que só pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito.

Constata-se, assim, que o princípio da inocência do acusado, colima impedir a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, exceto nos casos de absoluta necessidade.

Vê-se, desta forma, que o princípio da presunção da inocência marca forte presença no ordenamento jurídico, especialmente em relação ao direito penal e ao direito processual penal.

Gomes Filho (1991, p. 37), assevera que a denominada presunção de inocência:

Constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal.

Choukr (1999, p. 27), assim, percebe que a presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois, através dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

A presunção de inocência é parte vital na democracia, pois, por princípio, todos são iguais perante a lei e a liberdade de ir e vir é um dos mais poderosos bens que o homem carrega consigo.

Por isso, é necessário presumir a inocência e não presumir a culpabilidade de qualquer ser humano acusado da prática de delito penal.

2.1.2 O princípio do devido processo legal

O devido processo legal surgiu na Idade Média, por meio da Magna Carta, em 15 de junho de 1215, inicialmente concebida como simples limitação às ações reais.

No Brasil, somente a Constituição de 1988 previu expressamente como princípio garantidor das liberdades civis, que está esculpido no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Antes que qualquer sanção seja aplicada, é necessário um cuidadoso procedimento de verificação de todos os elementos que compõem um delito, sejam objetivos, sejam subjetivos, observado o direito de contraditório e ampla defesa. E este procedimento é denominado devido processo legal.

Capez (2009, p. 37), entende que o “devido processo legal consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV)”.

Novelino (2008, p. 331), explica que

O devido processo significa a obrigatoriedade da observância, para a privação de direitos ligados à liberdade ou à propriedade, de um determinado processo legalmente estabelecido, cujo pressuposto é uma atividade legislativa moldada por procedimentos justos e adequados.

Ora, nota-se que um dos princípios constitucionais que garantem ao réu determinados limites do poder punitivo do Estado é o devido processo.

O devido processo legal, no âmbito processual, para Tavares (2003, p. 483) significa “a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes tendo como decorrência a paridade de armas, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais”.

O princípio do devido processo legal está relacionado à idéia de controle do poder estatal, pois, o Estado pode, através de seus órgãos, a fim de realizar os fins públicos, impor restrições aos bens individuais mais relevantes. No entanto, não pode fazê-lo arbitrariamente. O escopo do princípio estudado é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados. Ou ainda, garantir que a prolação de determinada decisão judicial ou administrativa seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes.

O devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, voltado para obtenção de uma proteção judicial efetiva.

Por essas razões, o princípio do devido processo legal constitui-se num princípio limitador do poder punitivo do Estado.

2.1.3 Princípio da necessidade de fundamentação

A necessidade de fundamentação das decisões decorre da possibilidade do juiz, ante a discricionariedade peculiar a sua função, incorrer em arbitrariedades, uma vez que implica na escolha do magistrado entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma.

Capez (2009, p. 25) afirma que “esse princípio é visto hoje em seu aspecto político como a garantia da sociedade, que pode aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça de suas decisões”.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 93, inciso IX, dispõe que

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A privação de liberdade atinge diretamente a dignidade do cidadão, razão pela qual a Constituição exige que a decisão seja devidamente fundamentada, sob pena de nulidade desta decisão.

Percebe-se a obrigatoriedade da fundamentação na decisão que decreta a prisão preventiva, pois no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, está disposto que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Pedrozo (2001, p. 106), salienta que

no despacho que decreta a prisão preventiva, o magistrado, como corolário lógico da necessidade de fundamentação (CPP, art. 315), deve demonstrar quais elementos informativos ou instrutórios descortinaram os indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime, bem como quais elementos de convicção e quais fatos trouxeram a vislumbre a necessidade da custódia provisória, pela ocorrência de um de seus três motivos permissivos.”

A necessidade de fundamentação também está expressa no art. 315 do Código de Processo Penal que dispõe: “O despacho que decretar a ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

Lembra-se que a fundamentação é a exteriorização das razões de fato e de direito que compõem uma decisão ou um despacho.

A motivação não é um ato de favor do juiz: é um dever inafastável de quem tem, em suas mãos, o poder repressivo estatal. É a explicitação, em face da lei e dos fatos, dos motivos que dão suporte à decisão adotada. É, além disso, o único meio de que o próprio cidadão dispõe para avaliar a pertinência ou não, a justeza ou não, da providência cautelar.

A devida motivação em decisões permite às partes do litígio ou nele interessados conhecer e avaliar as razões que levaram o magistrado a determinar devida providência ou, o porquê de haver proferido a decisão naquele sentido. Possibilita, ainda, a parte que se sentir prejudicada, a possibilidade de demonstrar seu inconformismo, por meio do recurso cabível ao caso.

O não atendimento à motivação gera consequências processuais diversas. A clareza do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal é ímpar, e conclui-se dela que absolutamente todas as decisões judiciais não fundamentadas são nulas.

Portanto, toda e qualquer decisão deve conter as razões que motivaram o magistrado a proferir determinada decisão, o que, em consequência, traz maior clareza na atuação do Poder Judiciário e configura, de certo modo, uma limitação ao poder estatal, ao proibir a prolatação de decisão sem a devida fundamentação.

2.1.4 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados como sinônimos por boa parte da doutrina e dos tribunais brasileiros.

No entanto, pode-se perceber algumas diferenças entre eles: a razoabilidade teria como objetivo impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do pensamento comum.

Já a Proporcionalidade teria um campo de atuação maior: seria um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no Ordenamento Jurídico.

Desta forma, a Proporcionalidade seria uma espécie de "teste de fogo" para todas as normas que limitam direitos fundamentais.

Entretanto, é inevitável admitir que ambos são meios para se obter uma decisão justa.

Barros (2003, p. 71), assim, afirma: “as variações terminológicas estão longe, porém, de neutralizar a sua densidade de sentido e sua importância prática, portanto ambos são padrões, não somente limitadores, como também de modulação das liberdades individuais(...)”.

Canotilho (1999, p. 9) observa que “o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade.”

O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, o que não representa óbice ao reconhecimento de sua existência positiva, pois, pode-se auferi-lo implicitamente de alguns dispositivos, ou seja, como norma esparsa no texto constitucional, como no artigo 5º., incisos V, X, e XXV, artigo 7º., incisos IV, V, e XXI, artigo 37, inciso IX, entre outros.

Bonavides (2008, p. 436), por sua vez, afirma que:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina. E conclui ainda que o princípio da proporcionalidade é direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica Global', flui do espírito que anima todo sua extensão e profundidade o parágrafo 2º, do artigo 5º., o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.”

Determina que a cada um se deve dar segundo seus méritos, individualizando-se e adequando-se a sanção a cada indivíduo que infringir a uma determinada norma.

Mendes (1990, p. 41), assevera que

os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e exigíveis à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é exigível se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade é composto por três sub-princípios, que são:

O princípio da adequação, o princípio da exigibilidade ou necessidade e o princípio da proporcionalidade propriamente dito.

O primeiro determina que o meio utilizado deva ser adequado para alcançar o fim.

O segundo assevera que o meio escolhido deve ser aquele que imponha o menor sacrifício, seja suave para o direito fundamental não prevalente na solução do caso concreto.

E o terceiro indica o meio mais adequado e necessário em razão de somar mais vantagens, tendo por base, de plano, o maior número de interesses em disputa.

Dalabrida (2006, p. 79) entende que as três sub-regras, ou sub-princípios se inter-relacionam de modo que somente poderá ser qualificada a medida como proporcional quando, a um só tempo, for adequada, necessária e razoável.

3 PRISÃO CAUTELAR

Capez (2009, p. 286) aduz que “prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Tourinho Filho (2008, p. 593), já define prisão

(...) como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria. Assevera, ainda, que esse conceito abrange as duas espécies de prisão: a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível - prisão-pena - e a prisão sem o caráter de pena, conhecida também sob a denominação genérica de prisão sem pena.

E, acrescenta que a prisão pena (Tourinho Filho, 2008, p. 612) “é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.

A prisão sem pena, ou prisão processual ou prisão cautelar, segundo Capez (2009, p. 2):

trata-se de prisão puramente processual, imposta com a finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que solto, o sujeito continue praticando delitos.

Jardim (apud FREITAS, 2009, p. 41), assevera que a prisão cautelar destina-se a auxiliar a investigação policial, possibilitar a regular instrução probatória ou assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada, a final.

Verifica-se, pois, que se trata de tutela aos meios e aos fins do processo de conhecimento.

Dentre os pressupostos ensejadores da prisão cautelar, estão o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

Silveira e Rodrigues (2006, *online*), entendem que

o *periculum in mora*, noção bem trabalhada no direito processual brasileiro, traduz a urgência e necessidade que permeia o processo no sentido de que a delonga na prestação jurisdicional causaria sua ineficácia. Assim também a noção de *fumus boni iuris*, que significa a situação de meridiana clareza do direito evocado à aplicação no caso concreto.

Não há consenso entre os doutrinadores a respeito dos pressupostos das prisões cautelares.

Para muitos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são da esfera civil e não devem ser aplicados no processo penal.

Alessi (2002, *online*), comunga desse entendimento, ao afirmar que:

O fator imprescindível encontrado nas cautelares penais não é o tempo que corre contra um Direito que supostamente existe e o conseqüente perigo da demora que tornaria ineficaz a medida ao final, como ocorre na tutela civil, mas a probabilidade de fuga ou a perigosidade da liberdade do réu é que conta. Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto *fumus delicti*, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*.

Os pressupostos da esfera penal são o *fumus commissi delicti*, que consiste na prova da existência do crime e indícios de sua autoria, e o *periculum libertatis*, que representa as hipóteses em que a liberdade do agente se revela um perigo.

Delmanto Júnior (2001, p. 84) observa que

para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *Fumus commissi delicti* e do *Periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a sua liberdade realmente apresenta ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução.

Anota, ainda, o doutrinador que (Delmanto, 2001, p. 86)

a decisão judicial que decreta ou mantém o encarceramento provisório deverá sempre demonstrar com base em dados concretos, em que consiste o perigo que a liberdade do imputado acarretará à instrução ou à aplicação de eventual pena.

Percebe-se que a prisão processual é uma prisão provisória de natureza cautelar, ou seja, origina-se da necessidade de preservar a efetividade do processo penal, e para ser decretada deverá observar rigorosamente os pressupostos autorizadores.

Neste contexto, imprescindível salientar que a prisão cautelar ou provisória só deve ser utilizada em caráter excepcional de urgência e necessidade, haja vista tratar-se de uma maneira para assegurar o curso do processo penal justo, e não como medida paliativa para acabar com a violência e criminalidade das ruas.

3.1 Espécies de prisão cautelar

A prisão cautelar denominada também de prisão provisória, sem pena ou prisão processual é admitida antes do processo iniciar, durante a investigação e, também, durante o transcurso do processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória, colima dar a efetividade à tutela jurisdicional.

Compreende as seguintes espécies:

- a) Prisão em flagrante, prevista no Código de Processo Penal nos artigos 301 a 310;
- b) Prisão preventiva, prevista nos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal;
- c) Prisão decorrente de pronúncia, prevista no artigo 413, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal;
- d) Prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prevista no artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.072/1990 e no artigo 59, da Lei n. 11.343/2006;
- e) prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/1989.

Tais modalidades de prisão são cautelares, porque ora tutelam os meios, ora os fins do processo; e todas são provisórias, seja porque a provisoriedade é uma característica inerente às medidas cautelares, seja porque assim permanecerão até a sua convolação em definitivas, com o trânsito em julgado.”

Optou-se pela abordagem específica das duas primeiras espécies de prisão cautelar, pois mais facilmente identificáveis, no dia a dia, aos acusados pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas.

3.2 Prisão em flagrante

Trata-se de uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, que se encontra positivada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, “(...) ninguém será preso senão em flagrante delito (...)”

A natureza cautelar advém da possibilidade de a prisão em flagrante ocorrer independente de expedição de mandado de prisão pela autoridade competente, pois qualquer pessoa pode realizar a prisão em flagrante delito, conforme estabelece o artigo 301 do Código de Processo Penal.

Nota-se que a autoridade policial é obrigada a efetuar a prisão em flagrante, ou seja, não pode o ato ser discricionário; já o cidadão comum dispõe da faculdade de efetuar a prisão ou não, consoante dispõe o art. 301, do Código de Processo Penal.

Por conseguinte, para que ocorra a prisão em flagrante, é necessário apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade ou outros requisitos para a configuração do crime. Trata-se, portanto, de uma exceção à regra de que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial.

Porém, essa espécie de prisão só se justifica se tiver caráter cautelar.

E segundo Tourinho Filho (2008, p. 626), “essa cautelaridade existirá tão somente quando estiver presentes umas das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, na dicção do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.”

Segundo previsão expressa no artigo 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem:

I- quem está cometendo infração penal;

II- acaba de cometê-la;

III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Logo, quando se verificar o cometimento de um delito na forma prevista em um dos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal, ter-se-á flagrância e autorização da decretação da prisão.

3.2.1 *Espécies de prisão em flagrante*

A doutrina tradicional classifica a prisão em flagrante em três espécies: flagrante próprio ou perfeito, impróprio ou imperfeito, também conhecido como quase flagrante e presumido ou ficto.

O flagrante próprio, também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, I e II do CPP).

Portanto, nesta espécie, o infrator ou está cometendo um delito e é surpreendido neste exato momento, o que conduz a certeza exigida nesta fase da autoria e materialidade, ou quando acaba de cometê-lo, ou seja, deve ser surpreendido no instante após, sem qualquer espaço de tempo.

Ressalta-se, que na hipótese do inciso II, do artigo 302 do Código de Processo Penal, deve-se interpretar a expressão 'acaba de cometê-la' de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).

Portanto, o flagrante próprio ficará caracterizado quando o agente for surpreendido cometendo a infração ou em um mínimo espaço de tempo, após a prática da infração penal, ou seja, faz-se necessário haver uma rigorosa imediatidade.

Considera-se flagrante impróprio ou quase-flagrante quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração (inciso III, do artigo 302 do Código de Processo Penal), ou seja, não foi surpreendido no exato momento da execução da infração e, sim, logo após.

Essa perseguição pode ser duradoura, mas deve se iniciar em ato contínuo a execução do delito, sem intervalos longos.

É importante destacar que a expressão "logo após" refere-se ao início da perseguição do acusado, e não a prisão que obrigatoriamente deverá ocorrer logo após, pois esta poderá ocorrer posteriormente, desde que a perseguição não seja interrompida até que seja efetivada.

Capez (2009, p. 251-252), à respeito da distinção entre as expressões acaba de cometê-la, logo após e logo depois, ensina que:

na expressão acaba de cometê-la, empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; logo após, no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior, e a expressão logo depois, do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda.

O flagrante presumido ou ficto ou ainda, citado por alguns doutrinadores como assimilado, é aquele em que o sujeito é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Nesta hipótese não é necessário que haja perseguição, basta simplesmente que o indivíduo seja encontrado logo depois do crime em situação suspeita, ou seja, de posse de algum instrumento ou objeto que resulte em presunção de autoria ou participação no crime.

Há outras espécies de flagrante que são objeto de classificação de doutrinadores, como Nucci (2008a). Entretanto, optou-se por abordar apenas a classificação prevista no Código de Processo Penal, como forma de delimitar o tema do presente trabalho monográfico.

3.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva, que é uma espécie de prisão provisória, está prevista nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, que assim estabelecem:

Art. 311- Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312 - prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Tourinho Filho (2008, p. 637), leciona que prisão preventiva

é aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

As prisões cautelares, entre elas a prisão preventiva, consistem na privação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, razão pela qual devem ser revestidas de caráter excepcional e serem utilizadas em casos de extrema necessidade, ou seja, diante de situações que requerem medidas urgentes.

Ademais, pode ser decretada em qualquer momento e sua manutenção fica condicionada a comprovação dos pressupostos que autorizam a segregação. Em consequência, deverá ser revogada quando a necessidade não mais esteja demonstrada.

3.3.1 Pressupostos para a prisão preventiva

Na prisão preventiva exige-se, para a sua decretação ou manutenção, a caracterização dos pressupostos do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) para demonstrar o binômio da existência do fato típico e indícios de autoria, e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*), para demonstrar que a liberdade daquele que cometeu o delito realmente apresenta ameaça ou perigo.

Esses pressupostos, que são cumulativos, independentemente da natureza ou gravidade do crime, são imprescindíveis para a autorização da prisão preventiva, caso contrário, seria a pena cumprida antes da sentença condenatória.

Este é também o entendimento de Capez (2009, p. 265), ao expressar que:

(...) sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência.

Oportuno, ainda, acrescentar o que acentua Badaró (2003, p. 423):

O juiz somente pode conceder a tutela cautelar quando existir prova plena dos requisitos exigidos pela lei: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Tais requisitos, no artigo, contudo, não são requisitos de certeza, mas sim de probabilidade. Consequentemente, a parte que requereu a tutela jurisdicional corre o risco de não obtê-la, se não fornecer a prova plena do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Isto é, se não houver prova plena da probabilidade do perigo.

No mesmo sentido, registra Dalabrida (2006) que para que seja possível o decreto de prisão preventiva, impõe-se a identificação de dois pressupostos fundamentais: prova de existência do crime e indício suficiente de autoria. Sem a coexistência destes dois elementos, a prisão preventiva constitui flagrante constrangimento ilegal, sanável via *habeas corpus*.”

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há prova da materialidade, indício suficiente de ser o réu o autor e para garantir a ordem pública, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.

No mesmo sentido vem decidindo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RECEPÇÃO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - ORDEM CONCEDIDA. A falta de explicitação dos motivos da prisão preventiva implica constrangimento ilegal, sanável pelo habeas corpus. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2008.045209-0, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que é impetrante o advogado Dr. Carlos Alberto Reinert, e paciente Eduardo Luiz Hassagwa: ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2008.045209-0, de São Francisco do Sul. Impetrante: Carlos Alberto Reinert. Paciente: Eduardo Luiz Hassagwa. Relator: Des. Amaral e Silva.
Florianópolis, 29 de setembro de 2008.

É importante ressaltar, que o fato de haver indícios da autoria, por si só, não autoriza a manutenção ou decretação da prisão preventiva, diante da garantia constitucional que o réu deve ser devidamente processado, julgado e, se for o caso, condenado.

3.3.2 Hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva

A previsão de cabimento da prisão preventiva está inserida no artigo 312 do Código de Processo Penal e pode ser decretada com a finalidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Entende-se por garantia da ordem pública, a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito.

Ressalta-se que, como a expressão garantia da ordem pública se trata de conceito indeterminado, a sua definição não é pacífica entre os doutrinadores e até mesmo nos tribunais judiciais.

Capez (2009, p. 278) entende que, “ao decretar a prisão para garantir a manutenção da ordem pública, visa-se impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”. No primeiro caso, há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva nessa hipótese. No segundo, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação

jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.”

Por outro lado, em relação ao clamor público e gravidade do delito, alguns doutrinadores entendem que estes, por si só, não podem servir de fundamento para permitir a retirada da liberdade do indivíduo acusado da prática de algum delito.

O próprio Capez (2009, p. 2) afirma que “há uma forte corrente em sentido contrário, sustentando que não se vislumbra o *periculum in mora*, porque a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta do estado de inocência”.

Neste sentido, ressalta Delmanto Junior (2001, p. 183) que

a adoção da prisão preventiva para aplacar o clamor social, diante de infrações que gerem forte comoção social, aparta-se totalmente do caráter instrumental da cautela, prestando-se a servir de inaceitável instrumento de justiça sumária, com o reconhecimento prévio da culpabilidade.

Insta mencionar que ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo.

Não quer dizer, também clamor público, que pode revelar repulsa social e indicar violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses legítimos contrariados, cabendo ao juiz distinguir cada situação.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de não aceitar apenas o clamor social e a gravidade do delito como fundamentos para a decretação da prisão preventiva:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto carente de fundamentação idônea. Nulidade caracterizada. Menção a razões abstratas. Ofensa ao art. 93, IX, da CF. Constrangimento ilegal configurado. HC concedido. É nula a decisão que decreta prisão preventiva com base em razões abstratas. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade concreta do delito. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade concreta do delito. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em exigência do clamor público. 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na periculosidade presumida dos réus. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa à presunção constitucional de inocência. Aplicação do art. 5º, inc. LVII, da CF. Precedente. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na periculosidade presumida do réu.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84311, de São Paulo. Pacientes: Clarindo de Lima e Fernando Benedito da Silva. Impetrante: Milton Fernando Talzi. Relator: Min. Cezar Peluzo. Brasília, DF, 03 de abril de 2009.

HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública e na conveniência da instrução. Exigência da repercussão social e do clamor público causados pela gravidade do delito. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, se baseia na repercussão social e no clamor público causados pela gravidade do fato. (Id., Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 95362, de São Paulo. Paciente: Jandira Mafalda Rodrigues. Impetrante: César Augusto Moreira. Relator: Min. Cezar Peluzo. Brasília, DF, 10 de março de 2009.

A expressão garantia da ordem econômica foi incluída no artigo 312 do Código de Processo Penal por meio do artigo 86 da Lei n. 8.884/1994. Sua finalidade é combater o crescimento da criminalidade econômica, ou seja, delitos que envolvam bens de capital, como grandes golpes e desvios do erário público, além dos crimes contra a economia popular e contra o Sistema Financeiro Nacional.

Para Nucci (2008a, p. 603), garantia da ordem econômica trata-se de:

uma espécie do gênero anterior que é a garantia da ordem pública. (...) que visa com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de sério abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso de colarinho branco aos demais delinquentes comuns, o que é certo, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer.

A prisão preventiva também pode ser decretada sob o fundamento da conveniência da instrução criminal, que visa garantir a instrução do processo, uma vez que o acusado solto poderá interferir junto às testemunhas e destruir ou forjar provas, comprometendo o desenvolvimento regular do processo.

Segundo Gomes Filho (2006), citado por Dalabrida (2006, p. 100)

a instrumentalidade que se atribui à prisão cautelar tem em mira não a obtenção da confissão, mas busca evitar que o agente, em liberdade, possa furtar-se ao comparecimento a atos instrutórios em que sua presença seja indispensável ao esclarecimento dos fatos (pense-se por exemplo no reconhecimento pessoal), ou ainda, consiga destruir provas de acusação, intimidar testemunhas ou, de qualquer outro modo, perturbar o correto desenvolvimento das atividades judiciais.

Contudo, a prisão preventiva decretada sob o fundamento da conveniência da instrução criminal deverá ser devidamente motivada e baseada em fatos concretos de que o acusado esteja de, alguma forma, impedindo que se busque a verdade dos fatos.

Não é suficiente, para tanto, a suposição de que em liberdade poderá furtar-se a comparecer aos atos do processo, intimidar as testemunhas, ou destruir ou ocultar provas.

Outra hipótese em que pode ser decretada a prisão preventiva é para assegurar a aplicação da lei penal. Visa à futura execução da pena, uma vez que durante o curso do processo pode acontecer a fuga do acusado para não cumprir a pena.

Neste sentido, leciona Barros, o perigo de fuga do indiciado ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal. O perigo de fuga revela-se quando o indiciado prepara-se para deixar seu domicílio, desfazendo-se dos bens imóveis, demonstrando o desejo de empreender viagem ou revela a outrem esse propósito.

3.4 Liberdade provisória

A liberdade de ir e vir, no Estado Democrático de Direito, é regra, de modo que não é novidade, perante a atividade jurídica, que a prisão cautelar somente ocorra em situações excepcionais, previstas em lei, em razão, dentre outros fundamentos, do princípio constitucional da presunção da inocência.

Dada a sua importância, a liberdade está incluída dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, que dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes.”

Prevê, ainda, no inciso LIV do artigo 5º que “(...) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Constitucionalmente, a garantia da liberdade provisória está positivada no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura que “[...] ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Passa-se, pois, à análise do instituto da liberdade provisória previsto no ordenamento pátrio brasileiro.

3.4.1 Conceito

Mirabete (2008, p. 775) leciona que:

o benefício da liberdade provisória se trata de instituto processual e determina o não recolhimento do acusado da prática de delito ao cárcere penal ou este acusado é posto em liberdade, quando estiver preso, vinculado ou não a certas obrigações que o prendem ao processo e ao juízo, com o fim de assegurar sua presença aos atos do processo sem o sacrifício da prisão provisória

Capez (2009, p. 280) conceitua este benefício como “instituto que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”.

Assim, vê-se que a atual ordem constitucional, bem como a legislação infraconstitucional, possibilita que os acusados da prática de delito aguardem em liberdade até a prolação de sentença final, transitada em julgado. Para tanto, em algumas situações, terá o acusado que cumprir algumas condições fixadas na decisão que concede a liberdade provisória.

Essas condições assumidas, segundo Tourinho Filho (2008), fazem com que a liberdade não seja completa, uma vez que o acusado assume uma série de compromissos que, de certa forma, privam-no de uma total liberdade.

Salienta-se ainda que, a liberdade provisória poderá ser revogada a qualquer tempo, se não forem cumpridas as condições impostas.

Por conseguinte, Nucci (2008a, p. 607) explica que a fixação de condições ao se conceder a liberdade provisória possui cabimento restrito, não havendo possibilidade de aplicá-las no caso de prisão preventiva ou temporária, ao afirmar que:

a liberdade provisória com ou sem fiança é um instituto compatível com a prisão em flagrante, (...) mas não com a prisão preventiva ou temporária. (...) Nessas duas últimas hipóteses, vislumbrando não mais estarem presentes os requisitos que as determinaram, o melhor a fazer é revogar a custódia cautelar, mas não colocar o réu em liberdade provisória, que implica sempre o respeito a determinadas condições.

Identificado a abrangência do conceito de liberdade provisória, passa-se a analisar suas espécies.

3.4.2 *Espécies de liberdade provisória*

Ao estudar as espécies de liberdade provisória, constata-se que Capez (2009, p. 286-289) apresenta as seguintes: obrigatória, permitida e vedada.

No Código de Processo Penal, a liberdade provisória obrigatória está prevista no artigo 321 do Código de Processo Penal.

Sobre esta norma, Bivar Júnior (*online*) explica que:

o art. 321 do Código de Processo Penal traz a figura da liberdade provisória obrigatória ou desvinculada, isto é, independentemente do pagamento de fiança e sem sujeitar o acusado a qualquer vinculação ou condição. Para tanto, basta que a infração seja punida, exclusivamente, com pena de multa, ou que a pena privativa de liberdade não exceda a três meses. Nesses dois casos, o legislador usou a expressão 'livrar-se-á solto, independentemente de fiança'. No primeiro caso (quando a infração é punida, exclusivamente, com pena de multa), o fundamento para a concessão de liberdade provisória obrigatória e desvinculada de qualquer condição encontra-se no fato de que caso o acusado seja condenado, não ficaria sujeito à prisão, já que a única punição existente é a pena de multa. Como, então, sujeitá-lo, provisoriamente, à uma pena mais grave do que aquela que ele receberia caso fosse definitivamente condenado? Tal fato seria um verdadeiro absurdo. A segunda hipótese se dá quando a pena privativa de liberdade não ultrapassa três meses. Por se tratar de uma pena pequena, o legislador achou por bem estabelecer, para o caso, liberdade provisória obrigatória, sem fiança ou qualquer outra condição, pois, diante do tempo de duração do inquérito e ação penal, certamente o acusado ficaria mais tempo preso em decorrência da prisão provisória do que em função da condenação final que não excederia três meses de reclusão, detenção ou prisão simples.

Capez (2009) lembra que a liberdade provisória obrigatória é um benefício de direito incondicional do acusado, não lhe podendo ser negado em hipótese alguma quando presentes os requisitos legais.

Todavia, não será o caso de liberdade provisória obrigatória quando o réu é acusado da prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade e já foi condenado definitivamente por outro crime doloso.

Outra hipótese de liberdade provisória obrigatória está prevista na Lei nº 9099/1995, no artigo 69, parágrafo único, que estabelece: “Art. 69 – parágrafo único- Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

A liberdade provisória pode também ser permitida ou vinculada e ocorre nas hipóteses em que não couber prisão preventiva. Cumpre consignar que, na atual sistemática do Código de Processo Penal, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso,

imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (CPP, art. 387, parágrafo único).

Uma vez que não estejam presentes os pressupostos para a manutenção de sua segregação cautelar, poderá obter o benefício da liberdade provisória. Assim, somente se admitirá que o acusado permaneça preso cautelarmente quando estiverem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (CPP, arts. 310, parágrafo único e 312).

A liberdade provisória permitida poderá se dá com ou sem a fixação de fiança.

É o caso da fiança, sujeita o réu à observância de determinadas condições, sob pena de revogação do benefício, que se encontram dispostas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal:

- a) obrigação de comparecer a todos os atos do processo;
- b) vedação de o réu mudar de residência, sem prévia autorização da autoridade judiciária competente e;
- c) proibição de o réu se ausentar por mais de 08 (oito) dias de sua residência, sem comunicar à autoridade judiciária competente o local onde será encontrado.

Vê-se, pois, que na hipótese de não ser possível a liberdade provisória com fiança, que se tem outra hipótese da liberdade provisória permitida, ou seja, sem fiança quando não presentes os requisitos da prisão preventiva, o legislador, apesar de autorizar a sua concessão, sujeita o réu a determinada condição.

Portanto, o réu fica livre, mas preso ao processo.

Sua previsão legal se encontra no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, que estabelece:

Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que a agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II, e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único: Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Por fim, tem-se a liberdade provisória vedada, que proíbe a concessão deste benefício a acusados pela prática de determinados delitos penais.

Nucci (2008-a, p. 618-619) assevera que “atualmente, após a edição de várias leis severas, especialmente no combate à criminalidade violenta e à organizada, criou o legislador situações que não admitiriam a concessão, pelo juiz, de liberdade provisória”.

Cita-se, como exemplos, os seguintes dispositivos legais que prevêm a espécie de liberdade provisória vedada:

a) o artigo 7º da Lei n. 9.034/199569 prevê que não será concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa;

b) a Lei n. 9.613/1998, que trata dos crimes de lavagem de dinheiro, proíbe a concessão da liberdade provisória aos crimes nela previstos (artigo 3º)

c) A Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) consagra a vedação da liberdade provisória com fiança aos delitos de porte ilegal de arma e disparo de arma de fogo, bem, como vedava a liberdade provisória aos acusados de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma e tráfico internacional de arma (artigos 14, parágrafo único, 15, parágrafo único e 21)

Esses dispositivos legais previstos no Estatuto do Desarmamento foram declarados inconstitucionais pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 02 de maio de 2007, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112, assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. (Id., Supremo Tribunal Federal.

ADI/3112 – DF. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de maio de 2007.

Nota-se que, quanto à essa última espécie de liberdade provisória, há grande controvérsia sobre a sua possibilidade de existência diante do ordenamento jurídico pátrio e será objeto de estudo aprofundado no próximo capítulo deste trabalho monográfico, vez que o artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, ao proibir a concessão da liberdade provisória a determinados delitos previstos na lei em comento, previu a liberdade provisória vedada.

4 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA D SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE TRATAM DO BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

4.1 Doutrina e jurisprudência do STJ e do STF que entendem que o art. 44 da Lei 11.343/2006 é constitucional.

Ao pesquisar algumas decisões judiciais, percebe-se que a concessão do benefício da liberdade provisória para os acusados pela prática do tráfico de drogas é tema controvertido e sofreu alterações com o passar dos tempos. Parte da doutrina e da jurisprudência entendem que é constitucional a vedação de liberdade provisória no crime de tráfico de droga, pois as mesmas razões que outrora levaram a jurisprudência unânime dos Tribunais, no caso a súmula 698 do STF, a reconhecer v.g. que a Lei n.º 9.455/97 não revogou o artigo 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos (em sua antiga redação, que previa cumprimento da pena em regime *integral* fechado) ao permitir a progressão prisional unicamente para o crime de tortura, também se aplicam *mutatis mutandis* para a conclusão de que a proibição ampla da liberdade provisória relativamente ao crime de tráfico ilícito de entorpecente continua em vigor, com base no artigo 44, cabeça, da Lei n.º 11.343/06.

Deveras, a nova Lei n.º 11.464/07 não é incompatível com a anterior e dela difere apenas por questão de política criminal, ao não vedar expressamente, agora, espécie de liberdade provisória diferente da fiança a todos os crimes hediondos ou equiparados a tais.

No regular exercício de sua competência constitucional (CF – art. 5.º, LXVI) o Legislador Ordinário disciplinou, na novel Lei Antitóxicos, que o tráfico ilícito de drogas, em especial, é crime que, expressamente, não comporta a liberdade provisória em quaisquer de suas espécies, certamente à vista da danosidade social ímpar desse delito no atual momento histórico de nossa sociedade, a exigir a manutenção da medida cautelar extrema para o agente preso em flagrante.

O Colendo Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que o artigo 5.º, XLIII, da Constituição Federal, não impõe tratamento unitário aos crimes de que trata a Lei 8.072/90. A respeito, em concordância, vide o julgamento do RE 285.157-4-SP – 1.ª Turma – 17.04.2001 - Relatora Min. ELLEN GRACIE – DJU 01.06.2001 (RT 791/548-49).(2)

Outrossim, mesmo com o advento da Lei 11.464/07, para os crimes hediondos e equiparados a tais continua sendo incabível espécie de liberdade provisória menos gravosa que a fiança, tal qual a prevista no CPP – art. 310, parágrafo único, pena de inconstitucionalidade.

Da proibição da concessão de fiança para os crimes hediondos (com fulcro em comando constitucional) é que sempre decorreu, logicamente, a proibição dessa espécie de liberdade provisória sensivelmente mais branda, que contempla condição única de comparecimento do beneficiado a todos os atos processuais, pena de revogação do benefício. Com o novel foral, apenas tornou-se possível ao Legislador Ordinário disciplinar, doravante, formas de liberdade provisória mais gravosas que a fiança, que, então, poderão ser aplicadas aos agentes dos delitos aludidos na Lei 8.072/90, sem maltrato à Constituição Federal.

Nesse diapasão, com o advento da Lei 11.464/07, apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados a tais remanesceu prevista na Lei 8.072/90, artigo 2.º, II – em consonância, aliás, com mandamento constitucional (CF - art. 5.º, XLIII). A proibição ampla de “liberdade provisória” - pelo gênero do instituto - foi retirada da Lei dos Crimes Hediondos.

Para os autores Rocha e Baz (2007, p. 72):

A inafiançabilidade traduz a impossibilidade do acusado livrar-se da prisão durante o curso da instrução criminal mediante os vínculos com o processo definidos nessa espécie de liberdade provisória. A inafiançabilidade que decorre diretamente da Constituição não obsta a concessão de liberdade provisória, desde que os vínculos do acusado com o processo, determinados nessa hipótese, sejam mais gravosos do que o pagamento da fiança. Se a Magna Carta considerou insuscetíveis de fiança determinados crimes, a lei ordinária não poderá permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos do acusado sejam menos gravosos do que a própria fiança, pena de contrariar a proibição constitucional, por torná-la inócua.

Destarte, antes dessa inovação legislativa, nenhuma hipótese de liberdade provisória poderia beneficiar os flagrados por crimes hediondos ou equiparados a tais. A proibição pelo gênero do instituto se estendia, por permissivo constitucional (CF – art. 5.º, LXVI) a todas as espécies de liberdade provisória. Agora, não mais. Se a lei criar espécie de liberdade

provisória mais gravosa que a fiança, em tese os flagrados por crimes hediondos poderão, de lege ferenda, ser beneficiados por ela, sem vício de inconstitucionalidade.

Diferentemente, espécie de liberdade provisória menos gravosa que a fiança, já estava proibida pela própria inafiançabilidade decorrente de norma constitucional, pena de – repetimos – contrariar-se a própria proibição da Carta Política, por torná-la inócua.

Quanto à restrição de benefícios, foi no atinente – especificamente – à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que a Magna Carta optou por prever, ela própria, diretamente, hipóteses de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF – art. 5.º, XLII e XLIV, respectivamente). No mais, o Legislador Constituinte preferiu deixar a disciplina da liberdade provisória ao Legislador Ordinário (CF – art. 5.º, LXVI) e, nesse amplo campo, a definição dos crimes considerados hediondos, inclusive (CF – art. 5.º, XLIII – “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”).

Rigorosamente, a Constituição Federal, no artigo 5.º, XLIII, estabeleceu um teor de punitividade mínimo dos ilícitos a que alude, aquém do qual o Legislador Ordinário não poderá descer.

Acompanha tal entendimento o acórdão “in verbis”:

HC nº 92.469-SP RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO - EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO OU A ELE EQUIPARADO. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/2007. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. Se o crime é inafiançável, e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que “a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: ...seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança...” (grifos do autor) (HC 87.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Cármen Lúcia. 3. Ordem denegada. Fonte STF.

Na mesma linha de raciocínio entende a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. CRIME DE TRÁFICO. DECISÃO INDEFERITÓRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 44, LEI 11.343/06. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito tratada neste habeas-corpus diz respeito à suposta ausência de fundamentação na decisão do juiz de direito que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa da paciente, denunciada como incurso nas sanções dos arts. 12 e 18, ambos da Lei 6.368/76. 2. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão de liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei 11.343/06) o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5, XLIII, da Constituição da República. 3. Nem a redação contida no art. 2, II, da Lei 8.072/90, pela Lei 11.464/2007, prepondera sobre o disposto no art. 44, da Lei 11.343/06, eis que esta se refere explicitamente à proibição da concessão de liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente..... 4. Houve fundamentação idônea- ainda que suscinta- a manutenção da prisão da paciente, destacando-se as circunstâncias em que ocorreram os fatos, apontando para a repetição do mesmo modus operandi verificado em ocasiões anteriores. 5. Habeas corpus denegado.

Na mesma esteira, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “in verbis”:

a vedação expressa do benefício de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. (REVISTA CONSULEX Nº 309, de 30 de novembro de 2009- pág.62 -STJ, RHC Nº23.083-SP, 5ª T, Relª. Min.ª LAURITA VAZ, Dj 22.04.08, Revista Jurídica nº366, p.192).

4.2 Doutrina e Jurisprudência do STJ e do STF que entendem que o art. 44 da lei 11.343/2006 é inconstitucional.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao pesquisar algumas decisões judiciais, percebe-se que a concessão do benefício da liberdade provisória para os acusados pela prática do tráfico de drogas é tema controvertido e sofreu alterações com o passar dos tempos vem revendo seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação geral e abstrata da liberdade provisória, e, consequentemente a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento no inciso XLII, do art. 5º, da CF/88, por entender, que tal posição implica afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, artigos 1º, III, e 5º, LVII e LIV), consoante se verifica na recente decisão, inserida Informativo do Supremo Tribunal Federal nº572 “in verbis”:

Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas – 1

A Turma deferiu habeas corpus a fim de que condenada pelos crimes descritos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 seja posta em liberdade. No caso, a paciente,

presa em flagrante, fora condenada em primeira instância e tivera negado o seu pleito de apelar em liberdade, ao argumento de persistirem os fundamentos da prisão cautelar anteriormente decretada. Alegava a impetração que não haveria base concreta à justificação da custódia cautelar para garantia da aplicação da lei penal, não passando a afirmação judicial nesse sentido de mera presunção. Sustentava, ainda, ser a paciente primária, ter bons antecedentes e residência fixa, além de já ter progredido para o regime semi-aberto. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas - 2

Aduziu-se que a necessidade de garantia da ordem estaria fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das consequências dos crimes imputados à paciente, não havendo qualquer dado concreto a justificá-la. Asseverou-se que, no que tange à conveniência da instrução criminal — tendo em conta o temor das testemunhas —, a prisão deixara de fazer sentido a partir da prolação da sentença condenatória. Considerou-se que a circunstância, aventada na sentença, de que a prisão em flagrante consubstanciaria óbice ao apelo em liberdade não poderia prosperar, dado que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei de Drogas, implicaria afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (CF, artigos 1º, III, e 5º, LIV, LVII). Frisou-se, destarte, a necessidade de adequação da norma veiculada no art. 5º, XLII, da CF — adotada pelos que entendem que a inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória — a esses princípios. Enfatizou-se que a inafiançabilidade, por si só, não poderia e não deveria — considerados os princípios mencionados — constituir causa impeditiva da liberdade provisória. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas - 3

Evidenciou-se, assim, inexistirem antinomias na CF. Ressaltou-se que a regra constitucional — bem como a prevista na legislação infraconstitucional — seria a liberdade, sendo a prisão exceção, de modo que o conflito entre normas estaria instalado se se admitisse que o seu art. 5º, XLII, estabelecesse, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Salientou-se ser inadmissível, ante tais garantias constitucionais, compeli-se alguém a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, impossibilitando-o, ademais, de usufruir de benefícios da execução penal. Registrou-se não se negar a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes, nocividade aferível pelos malefícios provocados no quanto concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Esclareceu-se, por fim, todavia, que se imporia ao juiz o dever de explicitar as razões pelas quais cabíveis a prisão cautelar. HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009. (HC-101505)

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na decisão do Recurso de Habeas Corpus nº 24.349, da lavra da Ministra- Relatora, Jane Silva, decidiu na mesma linha de pensamento, conforme ementa que segue transcrita:

A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não culpabilidade. Precedentes. Da mesma forma, a invocação da repercussão social do delito não se presta para a justificação da constrição cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da reprimenda, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente quando a quantidade de drogas encontrada em poder dos agentes não se mostra expressiva. Precedentes. Unicamente a vedação legal contida no art.44 da Lei 11.343/06 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, (...).

5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006

Os princípios causam consequências diretas no direito penal e processo penal, como também representam consequências constitucionais imediatas à prisão cautelar, e exercem várias funções.

Dentre elas, está a função limitadora.

Sobre esta função, os princípios possuem uma eficácia limitativa quando atuam como um limite, não só das ações dos poderes estatais, como também ao exercício abusivo de certos direitos.

Percebe-se, pois, que a função limitativa dos princípios constitucionais representa uma limitação do poder estatal, por ser a lei superior, vinculando juridicamente os titulares do poder estatal. Realiza, então, a sua função garantística dos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado.

Assim, dentre os princípios constitucionais com essa função, tem-se, como exemplos, o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988), o princípio da necessidade de fundamentação (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988), o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988) e o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante disso, surge a necessidade de analisar se o artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 está em consonância com a ordem constitucional vigente, pois veda, expressamente, a concessão, dentre outros benefícios, da liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de drogas.

A liberdade é um direito inerente à pessoa humana e só pode ser restringida excepcionalmente, quando estritamente necessária, pois, o contrário, lesa o princípio da dignidade da pessoa humana.

É que, entre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, o constituinte colocou a liberdade do indivíduo como regra, e a prisão, como exceção, consagrando o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisões.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

A prisão provisória é medida excepcional, ou seja, só deve ser decretada quando necessária para preservar a eficácia do processo penal principal e nas hipóteses previstas em lei. Fora disso estamos diante de uma execução provisória indevida da prisão, verdadeira antecipação de pena.

Ademais, em se tratando da liberdade do indivíduo, a Constituição trouxe garantias mínimas e vedações máximas. Ou seja, pode a legislação infraconstitucional ampliar sem nenhum problema as garantias dos indivíduos. Quando se trata de restringi-las, isso só pode ser feito de forma rigorosamente constitucional (lei, proporcionalidade, respeito ao conteúdo essencial de cada direito etc.).

Assim, é possível a vedação da concessão da fiança no crime de tráfico de drogas (pois esta regra emana do poder constituinte originário), conforme artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Por outro lado, não é possível que a lei infraconstitucional crie outras hipóteses de inafiançabilidade ou de vedação à liberdade provisória.

Sendo assim, a interpretação que devemos fazer do artigo 44 da Lei de Drogas é a seguinte: nos crimes de tráfico de drogas não cabe liberdade provisória com fiança (são inafiançáveis, conforme artigo 5º, XLIII), porém, é perfeitamente possível a liberdade

provisória sem fiança, vez que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, inciso LXVI, da CF).

Nesta linha, o legislador revogou o inciso II do artigo 2º, da Lei 8072 /90 (Lei dos crimes hediondos) na parte em que vedada a liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

III - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

No mesmo sentido, no julgamento da ADI 3112, o STF se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.826 /03 (Estatuto do Desarmamento), que vedava a liberdade provisória nos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

Dizia referido artigo: “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória”.

Percebe-se, que a Lei nº. 11.343/2006, ao prever a conservação obrigatória da prisão cautelar oriunda de prisão em flagrante, configura exemplo típico de presunção de culpa, com a dispensa de fundamentação judicial, o que não pode ser concebido no Estado Democrático de Direito.

Com razão, a ordem constitucional vigente prevê a presunção de inocência e não de culpabilidade e, ainda, a fundamentação obrigatória, de modo que, ao vedar cegamente a liberdade, o legislador está prevendo a presunção de culpa e a dispensa da fundamentação.

A proibição de liberdade provisória disposta na lei em questão contém uma flagrante inversão da ordem constitucional, cujo comando, repita-se, é o da presunção de inocência e de fundamentação obrigatória de todo e qualquer ato judicial que venha a restringir direitos. Pela regra da lei indigitada a conservação obrigatória da prisão em flagrante nada mais é do que presunção de culpa e a dispensa de fundamentação judicial para tanto. Mas não é só, uma vez abandonado o princípio da inocência e a necessidade de fundamentação, o pressuposto também passa a ser que nas situações de flagrante delito nos crimes elencados na parte repressiva da Lei Antidrogas (arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37), a prisão é sempre necessária e a

cautelar justificada. O resultado é a olímpica supressão da tutela jurisdicional, com a mais condenável afronta à Constituição.

Sabe-se que a fundamentação causa efeito direto na afirmação da inocência, pois impõe a necessidade de justificação em qualquer decisão que imponha a prisão, inclusive a provisória/cautelar.

Assim, somente o juiz, baseado no caso concreto e vinculado aos requisitos previstos no art. 310, parágrafo único, e art. 312, do Código de Processo Penal, é que poderá decidir pela possibilidade de concessão, ou não, da liberdade provisória, sem ficar limitado ao comando genérico de determinado artigo de lei.

Neste sentido, colhe-se os seguintes argumentos expostos pelo Ministro Celso de Mello, ao analisar o Habeas Corpus n. 97976, que tramitou Supremo Tribunal Federal, decisão esta proferida em 09 de março de 2009:

(...) Mostra-se importante ter presente, no caso, quanto à Lei nº 11.343/2006, que o seu art. 44 proíbe, de modo abstrato e 'a priori', a concessão da liberdade provisória nos 'crimes previstos nos art. 33, 'caput' e § 1º e 34 a 37 desta Lei'. Cabe assinalar que eminentes penalistas, examinando o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, sustentam a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória prevista em mencionado dispositivo legal (...). Cumpre observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte. A regra legal ora mencionada, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, inscrita no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), tinha a seguinte redação: 'Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.' (grifei) Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do 'due process', dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República. (11)(REVISTA CONSULEX nº309- pág.62). Grifamos.

Nota-se, assim, que a vedação de liberdade provisória prevista em lei, de forma abstrata, representa violação da presunção da inocência, bem como afronta a necessidade de fundamentação de qualquer decisão judicial e acarreta, por consequência, a impossibilidade de o juiz julgar de acordo com a realidade de cada caso em concreto, ou seja, implica em transferência da prerrogativa fundamental e irrenunciável do julgador em tutelar direitos e garantias individuais dos acusados da prática do delito de tráfico ilícito de drogas.

A única autoridade pública, portanto, que pode responder pela tutela cautelar demandada é o Poder Judiciário, através de seus órgãos julgadores, mediante forte análise da

presença ou não das razões cautelares previstas em lei, aferidas no plano concreto da realidade, jamais na maior gravidade do delito – este demandante de dilatada instrução e sentença com trânsito em julgado como pressupostos de sua existência.

Logo, se a Constituição consagra o princípio da presunção de inocência e da motivação das decisões, não pode o legislador simplesmente ignorar tais princípios, editando leis que estão em desacordo com os preceitos constitucionais, pois, assim, excluirá do Poder Judiciário a possibilidade de tutelar os direitos e garantias essenciais do cidadão.

Este é o entendimento do Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville (SC):

Percebe-se que a Lei n. 11.343/2006, ao prever a conservação obrigatória da prisão cautelar oriunda de prisão em flagrante, configura exemplo típico de presunção de culpa, com a dispensa de fundamentação judicial, o que não pode ser concebido no Estado Democrático de Direito.

Com razão, a ordem constitucional vigente prevê a presunção de inocência e não de culpabilidade e, ainda, a fundamentação obrigatória, de modo que, ao vedar cegamente a liberdade, o legislador está prevendo a presunção de culpa e a dispensa da fundamentação.

Esses são os argumentos do Juiz de Direito, Buch, que atua na Comarca de Joinville/SC.

A proibição de liberdade provisória disposta na lei em questão contém uma flagrante inversão da ordem constitucional, cujo comando, repita-se, é o da presunção de inocência e de fundamentação obrigatória de todo e qualquer ato judicial que venha a restringir direitos. Pela regra da lei indigitada a conservação obrigatória da prisão em flagrante nada mais é do que presunção de culpa e a dispensa de fundamentação judicial para tanto. Mas não é só, uma vez abandonado o princípio da inocência e a necessidade de fundamentação, o pressuposto também passa a ser que nas situações de flagrante delito nos crimes elencados na parte repressiva da Lei Antidrogas (arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37), a prisão é sempre necessária e a cautelar justificada. O resultado é a olímpica supressão da tutela jurisdicional, com a mais condenável afronta à Constituição.

Ainda que tais argumentos não fossem suficientes para a concessão do benefício em casos de traficância, o STF decidiu recentemente que o Princípio da Proporcionalidade proíbe a criação de leis que violem a Carta Democrática.

EMENTA: "HABEAS CORPUS". VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA

PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA "PROIBIÇÃO DO EXCESSO": FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO "STATUS LIBERTATIS" DAQUELE QUE A SOFRE. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA: FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A PRISÃO PREVENTIVA. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (STF - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJE de 3.2.2009)

A proibição de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 estabelece, inegavelmente, tratamento mais severo para o indivíduo que comete o delito de tráfico ilícito de drogas se comparado aos acusados da prática dos demais crimes hediondos ou equiparados. E é neste ponto que se constata a ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

Não seria razoável e muito menos proporcional a possibilidade agora permitida pela Lei n. 11.464/2007 de liberdade provisória para os crimes definidos como hediondos, dentre eles o homicídio qualificado e o latrocínio, e sua vedação para os delitos de tráfico. Poder-se-ia chegar a esdrúxula situação de num dia negar a análise da liberdade provisória para alguém flagrado comercializando uma pedra de crack e no dia seguinte permitir a análise e quiçá concessão de liberdade provisória para alguém flagrado em latrocínio.

Seguindo esta linha de raciocínio, cita-se a decisão do Ministro Celso de Mello, proferida no Habeas Corpus nº 97976, diante dos relevantes fundamentos.

(...) Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (...) como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a

ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "due process of law" (...) Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo.

Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (...). Daí a advertência de que a interdição legal 'in abstracto', vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. (...) Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (...). Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando inócua hipótese que possa justificá-la (...).

Pode-se, portanto, afirmar que é flagrante a ausência de proporcionalidade e razoabilidade ao possibilitar a concessão da liberdade provisória aos delitos hediondos, e vedá-la ao crime de tráfico, já que este é equiparado aquele; assim, diante do exposto no presente trabalho monográfico, tem-se que:

Com espeque no princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência e da necessidade de fundamentação, bem como em razão do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a sua inconstitucionalidade precisa ser reconhecida, de forma uniforme pelos tribunais, a fim de que seja respeitado o princípio da segurança jurídica.

É que não seria razoável e muito menos proporcional a possibilidade agora permitida pela Lei n.11.464/07 de liberdade provisória para crimes definidos como hediondos, dentre eles o homicídio qualificado e o latrocínio, e sua vedação para os delitos de tráfico.

Poder-se ia chegar a esdrúxula situação de num dia se negar a análise da liberdade provisória para alguém flagrado comercializando uma pedra de crack e no dia seguinte se permitir a análise e quiçá concessão de liberdade provisória para alguém flagrado em latrocínio.

Este é o entendimento de Gomes e Rudge (2009, *online*), inclusive:

A nosso ver, uma discussão que não se justifica, devendo prevalecer o sábio entendimento firmado pelo Ministro Celso de Mello no HC 96715-MC/SP: é inconstitucional a vedação legal absoluta e abstrata da concessão da liberdade provisória em relação aos crimes previstos na Lei de Drogas. Trata-se, como muitíssimo bem exposto, de ofensa ao princípio da não culpabilidade (presunção de inocência), do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e como não poderia deixar de ser, da proporcionalidade.

Consigna-se, ainda, que, se retira da presente pesquisa que, em virtude da constante evolução jurídica e com as mudanças político-sociais, bem como, considerando o aprimoramento do conhecimento, constata-se que os conceitos evoluem, o que faz com que principalmente na área do Direito nada seja absoluto.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como desiderato geral a análise da vedação de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico ilícito de drogas, disposta na Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas.

Para atingir os objetivos colimados, analisou-se alguns princípios constitucionais, com enfoque nos que exercem função limitadora, quais sejam, o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal, da necessidade de fundamentação e da proporcionalidade e razoabilidade.

Como restou demonstrado, a vedação da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico ilícito de drogas é tema controvertido e sofre constantes alterações com o passar do tempo.

Constatou-se, que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ainda não firmaram posicionamento pacífico a respeito da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados da prática deste delito, pois, tem decidido de forma conflitante, ora concedendo o benefício, ora negando, ocasionando insegurança jurídica.

Depois, todavia, de analisar as decisões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, supra mencionadas, cheguei à conclusão de que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei de Drogas, implica afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, da motivação, da proporcionalidade e da razoabilidade (CF, art. 5º, LVII, LIV, art. 1º, III, art. 93, IX), e, destarte, possui o vício de inconstitucionalidade, declarada, por algumas turmas do STF.

A proibição de liberdade provisória disposta no art. 44 da Lei 1.343/2006, contém uma flagrante inversão da ordem constitucional, cujo comando, repita-se, é o da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da CF/88 e da fundamentação obrigatória de

todo e qualquer ato judicial que venha a restringir direitos, inserto no inciso IX do art. 93 da CF/88.

Pela regra da lei em questão, a conservação obrigatória da prisão em flagrante nada mais é do que presunção de culpa e a dispensa de fundamentação judicial para tanto.

Mas não é só, uma vez abandonado o princípio da inocência e a necessidade de fundamentação, o pressuposto também passa a ser que nas situações de flagrante delito nos crimes elencados na parte repressiva da Lei Antidrogas (arts. 33, caput e § 1º e 34 a 37), a prisão é sempre necessária e a cautelar justificada. O resultado é a olímpica supressão da tutela jurisdicional, com a mais condenável afronta à Constituição.

Assim, somente o juiz, baseado no caso concreto e vinculado aos requisitos previstos no art. 310, parágrafo único, e art. 312, do Código de Processo Penal, é que poderá decidir pela possibilidade de concessão, ou não, da liberdade provisória, sem ficar limitado ao comando genérico e abstrato de determinado artigo de lei, que contrarie os indigitados princípios constitucionais.

Logo, se a Constituição consagra o princípio da presunção de inocência e da motivação das decisões, não pode o legislador simplesmente ignorar tais princípios, editando leis que estão em desacordo com os preceitos constitucionais, pois excluirá do Poder Judiciário a possibilidade de tutelar os direitos e garantias essenciais do cidadão.

Ao se permitir, portanto, a liberdade provisória pelo órgão jurisdicional, e determinar pela inconstitucionalidade de toda vedação abstrata ao benefício, não se está homenageando a criminalidade, tampouco aqueles que o patrocinam, mas, apenas a efetividade das garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos não sem muitos esforços.

Entende-se, ainda, que, a gravidade objetiva do crime de tráfico de drogas, e a danosidade social ímpar desse delito no atual momento histórico de nossa sociedade, onde tem como consequência a destruição de crianças, adolescentes, da família e da própria sociedade, não autoriza a manutenção da medida cautelar extrema para o agente preso em flagrante, sob pena de afrontar a garantia constitucional da presunção de inocência.

É importante, contudo, observar, que os órgãos jurisdicionais, diante das circunstâncias acima, e considerando que os traficantes possuem acentuada propensão à prática delituosa, e, em liberdade, encontrarão os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida,

devem, dependendo de cada caso concreto, manter a prisão em flagrante, caso estejam presentes os requisitos e os fundamentos da prisão preventiva, principalmente o da ordem pública.

Não entendemos que tenham respaldo constitucional, ademais, as decisões do Supremo Tribunal Federal, que entendem que a inafiançabilidade, por si só, constitui causa impeditiva da liberdade provisória, pois há adequação da norma do inciso XLII do art. 5º da CF/88 com os indigitados princípios, até porque a regra constitucional é a liberdade, sendo a prisão exceção.

Por fim, é irrazoável e não proporcional, proibir a liberdade provisória somente para o tráfico de drogas, e não para os outros delitos elencados na Lei 8072/90.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Rogério Marcus. A razão da prisão provisória . **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2850>>. Acesso em: 06 mai. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo Revsita dos Tribunais, 2003, p. 423.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 201.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 71.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do Processo Penal – questões polêmicas**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

BIVAR JUNIOR, Luiz. **O inquérito policial: eliminá-lo ou prestigiá-lo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/18525/18089>>. Acesso em: 03 mai. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.422-0/130, do Distrito Federal**. Paciente: Rogério Amancio. Impetrante: Humberto Pena de Moraes. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(87468.NUME.%20OU%2087468.A CMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(87468.NUME.%20OU%2087468.A%20CMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84311, de São Paulo**. Pacientes: Clarindo de lima e Fernando Benedito da Silva. Impetrante: Milton Fernando Talzi. Relator: Min. Cezar Peluzo. Brasília, DF, 03 de abril de 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(87468.NUME.%20OU%2087468.A CMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(87468.NUME.%20OU%2087468.A%20CMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 de maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94498 de Mato Grosso do Sul**. Paciente: Gisele da Silva Lopes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 de setembro de 2008. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/listarjurisprudência.asp?s1=liberdade+provis%F3ria+no+crime.....D+20090602%29&pagina=2&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=liberdade+provis%F3ria+no+crime.....D+20090602%29&pagina=2&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 26 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº572 de 14 a 18 de dezembro de 2009.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo572.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Cadernos democráticos, estado de direito.** Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição.** São paulo: Edipro, 1999.

DALABRIDA, Sidiney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise á luz do garantismo penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREITAS, Jaime Walmer de. **Prisão temporária.** 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; RUDGE Elisa M. **Inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no crime de tráfico de drogas.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 09 de abril de 2009>. Acesso em: 12 mai. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** São Paulo: Saraiva, 1976.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Presunção de inocência e direito à ampla defesa. **Jus Navigandi.** Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=163>>. Acesso em: 12 abr. 2009 .

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo, Saraiva 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF, a liberdade provisória e o tráfico de drogas - uma luz ao final do túnel.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 11 de maio 2009

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 190.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

PEDROZO, Fernando de Almeida. Processo penal. **O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antônio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais: 2007.

RT 791/548-49. **Revista Consulex nº 309**, de 30 de novembro de 2009- pág.62 -STJ, RHC Nº23.083-SP, 5ª T, Relª. Min.ª LAURITA VAZ, Dj 22.04.08, Revista Jurídica nº366, p.192.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. JOINVILLE. 2º Vara Criminal. **Processo n. 038.09.013923-0**. Prolator: Juiz de Direito João Marcos Buch. Joinville, 01 de junho de 2009. Disponível em:
<<http://joinville.tj.sc.gov.br/cpopg/pcpoResultadoPG.jsp>>. Acesso em 02 jun de 2009

SÃO PAULO. **Declaração universal dos direitos humanos (1948)**. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em 27 mar. 2009.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da; RODRIGUES, Leandro Nascimento. Da natureza jurídica da prisão decorrente da sentença penal condenatória conforme interpretação jurisprudencial do princípio da presunção e inocência Apologia da execução provisória da pena. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8142>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

SOARES, Clara Dias. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1764, 30 abr. 2008. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11220>>. Acesso em: 12 abr. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: lei de introdução e parte geral**. 3 ed. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

